



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 18470.722860/2012-79
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-002.862 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2015
Matéria IOF
Recorrente BHP BILLITON BRASIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS
OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF**

Ano-calendário: 2008

MÚTUO. VALOR INDEFINIDO. BASE DE CÁLCULO. APURAÇÃO.

Nas operações de transferência de recursos entre pessoas jurídicas integrantes de um mesmo grupo econômico, onde não há contrato de mútuo e as operações que dão ensejo à incidência do imposto são presumidas como tal, não há como enquadrá-las como sendo de “valor definido”, para o desiderato do art. 7º do Decreto nº 6.306/2007, devendo a base de cálculo, no entanto, corresponder aos saldos devedores diários verificados no último dia de cada mês, sem o cômputo de valores referentes a operações anteriores àquelas abrangidas pelo procedimento fiscal.

Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, dar parcial provimento ao recurso. Vencida a Conselheira Angela Sartori (Relatora) e os Conselheiros Bernardo Leite e Jean Cleuter, que davam provimento ao recurso por considerar que o enquadramento correto seria a alínea b do art. 7º do Decreto 6.306. Designado o Conselheiro Robson Bayerl. O Conselheiro Eloy Nogueira apresentará declaração de voto.

NOME DO PRESIDENTE - Presidente.

ANGELA SARTORI - Relator.

Robson José Bayerl - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: JULIO CESAR ALVES RAMOS (Presidente), ROBSON JOSE BAYERL, JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA, ELOY EROS DA SILVA NOGUEIRA, ANGELA SARTORI e BERNARDO LEITE DE QUEIROZ LIMA

Relatório

Trata o processo de auto de infração lavrados pela Delegacia da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro, DRF/RJII, exigindo da contribuinte acima identificada, o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF, no valor de R\$12.384.228,85, acrescido de multa de ofício de 75%, com juros de mora calculados até 31.03.2012.

Na descrição dos fatos consta que foi detectada a falta de recolhimento de IOF sobre empréstimo/mútuo à pessoa vinculada no exterior. Consta no Relatório Fiscal: “ a Interessada informou que depositou dividendos na conta corrente da investida, (conta nº.52321290), sendo os valores após a sua conversão em dólares, transferidos como disponibilidades ou haveres no exterior, para fins de investimentos, sendo inicialmente segregados em conta de sua titularidade, junto ao Bank of America (BofA), em Londres (conta nº.600855176012); a partir daí, os recursos ficaram à disposição da empresa BHP Billiton Finance BV (com sede na Holanda), para a concreção dos investimentos; junta, para tanto, extratos bancários emitidos pelo BofA e, similarmente, instrumento de procuração outorgando poderes às pessoas que nomina (Willem Johannes Murray Membro Diretor dos Conselhos das empresas BHP Billiton

Finance PLC e BHP Billiton Group Limited além dos demais membros outorgados dessas mesmas empresas, conforme consulta, via internet; pelo mesmo mandato designou o BofA como depositário de seus fundos, concedendo aos outorgados prerrogativas para movimentar os referidos fundos depositados naquela conta; não obstante a expressiva soma movimentada, não há qualquer contrato expresso firmado entre as empresas intervenientes como ratificara a própria coligada brasileira ao responder o termo fiscal nº 08, item 02.1, corroborada pelas próprias DIPJ dos anos calendário de 2007 e 2008, Fichas 29, linhas 10; desde 2005 e até o último dia do mês de dezembro de 2008 os valores ativos a esse título continuam incólumes, exacerbados, pois, pela ausência de quaisquer vencimentos

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/02/2015 por ANGELA SARTORI, Assinado digitalmente em 18/02/2015 por A

NGELA SARTORI, Assinado digitalmente em 27/02/2015 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalment

e em 19/02/2015 por ROBSON JOSE BAYERL

Impresso em 05/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

expressos de seus direitos no exterior; assim, os ativos foram aumentados (vide Tabela A às fls.563) em benefício do grupo.

Informou a Interessada que, por mera política interna, o grupo centraliza o seu caixa em uma empresa específica, a exemplo do que ocorre entre grandes empresas, como é o seu caso e que, sobre os fundos transferidos, houve o reconhecimento de juros ativos, segundo a taxa libor, menos spread de 12.5 bps (conta de razão contábil nº 592500); ocorre que, pelo instrumento de procuração 02 (acostado em resposta ao Termo Fiscal nº 08), resulta claro que os outorgados passaram a deter absoluto controle dos recursos depositados pela Interessada no BofA, fato que resta caracterizado quando se comprova que o saldo em conta corrente no dito banco é nulo após receber as transferências de recursos da Interessada, via Citibank (vide documento 01 do Termo Fiscal nº 08 e extratos bancários apensados em resposta ao Termo Fiscal nº 06); tal evidência ratifica a conclusão fiscal de que os valores contemplados foram carreados para BHP Billiton Finance BV (vide razão contábil nº 129039 Inter companhias BHP Billiton Finance BV), derrubando a alegação da Interessada que, sem base em provas, tais movimentações estariam voltadas para a concreção de investimentos externos, ao arrepio, pois, da natureza verdadeira da operação; objetivando detectar a natureza das operações referentes aos recursos colocados à disposição do seu "caixa" externo, elaborou-se uma planilha, em duas vias, denominada de Conta Corrente dos Investimentos Externos que, junto com o Termo Fiscal nº 11, lavrado em 07/03/2012, foi apresentado à Interessada; não tendo sido apresentadas pela Interessada outras informações contrárias, conclui-se que trata-se, na espécie, de recursos carreados para o exterior, via Citibank, sob a égide de "Capital de Curto Prazo Disponibilidades no Exterior", código este instituído pelo Banco Central do Brasil (Bacen) sob o nº 55000 (conforme resposta ao Termo Fiscal 06); tal código está presente, similarmente, nas cópias dos contratos de câmbio apresentados pela Interessada; observa-se que, se a hipótese versasse sobre investimentos no exterior, o código de operação seria o de nº 68303 ou similar; portanto, resulta óbvio que os haveres foram canalizados para o exterior, com destinação ao BofA, com o objetivo de serem utilizados, conforme desejado pelo Grupo Empresarial, em troca de uma remuneração consubstanciada pelos juros, consoante as taxas remuneratórias vigentes da libor mensal, menos o spread de 12.5 bps (conforme resposta ao item 3 do Termo fiscal nº 08); conforme Tabela A, a taxa de juros indicada pela Interessada está fundada na taxa mensal da libor anualizada; como a Interessada não comprou que o reconhecimento dos juros ativos tivesse origem em aplicações financeiras promovidas pela empresa BHP Billiton Finance BV, não obstante a ela debitados, conclui-se que se trata de operação de mútuo entre empresas ligadas ou vinculadas, direta ou indiretamente; incide IOF somente sobre operações de mútuo que tenham por objeto recursos em dinheiro, disponibilizados sob qualquer forma, desde que o mutuante seja pessoa jurídica; assim, ocorre o fato gerador do IOF na data em que o mutuante, pessoa jurídica, concede crédito ao mutuário, pessoa física ou jurídica; a responsabilidade pelo recolhimento do IOF é da pessoa jurídica mutuante (credora), alcançando-se, pois as pessoas jurídicas que concederem o crédito nas operações correspondentes a mútuo de recursos financeiros como ocorre no caso em tela;

A linhas 21, 22 e 24, "Outras Receitas Financeiras" constantes da DIPJ dos anos calendário de 2005 a 2007, exercícios financeiros de 2006 a 2008, na ordem de R\$48.131.674,59, ter-se-á como resultante tributável inicial e diária o valor de R\$643.104.064,34 (quarta coluna do Anexo I); no que concerne à aplicação da alíquota adicional do IOF de 0,38% sobre as parcelas de incrementos havidas ao longo do período, o seu reconhecimento já lhe fora prestado por débito em conta quando da assinatura do contrato de câmbio pela instituição financeira vendedora de divisas cambiais (Citibank S/A), conforme provam a resposta e os documentos juntados pela Interessada ao Termo Fiscal nº 06; impõe-se,

pois, a exigência de IOF sobre os saldos da conta do razão contábil nº 129039, nos termos do Decreto nº 6.306 de 14.12.2007, com alterações do Decreto nº 6.691/2008 e pelos Decretos nº 6.345, de 04/01/2008 (revogado em 2010, pelo Decreto nº 7.412), e sob o nº 6.391, de 12.03.2008, conforme demonstrado pela última coluna do Anexo I; assim, conforme Anexo I, o valor a ser lançado é R\$12.384.228,83.

Inconformada com o crédito tributário originado da ação fiscal da qual teve ciência do lançamento em 30/03/2012, a Interessada, apresentou em 02/05/2012, impugnação instruída por documentos na qual argui:

- não pretende discutir a natureza jurídica das operações caracterizadas como mútuo pelo ilustre fiscal autuante, mas apenas a base de cálculo por este utilizada para a apuração dos valores considerados como devidos a título de IOF; é uma holding, que tem por objeto social exclusivamente a participação no capital de outras sociedades, cujo principal ativo consiste em investimento correspondente a 50% (cinquenta por cento) das ações da sociedade Samarco Mineração S.A. ("Samarco").

-em observância a uma diretriz do grupo empresarial que integra, que visa otimizar a gestão de recursos e potencializar os controles internos, centraliza todas as suas operações e disponibilidades financeiras em uma única conta bancária no exterior cuja gestão encontra-se a cargo da empresa BFBV; por essa razão, por ocasião de cada recebimento de dividendos pagos pela Samarco, os respectivos valores eram depositados em uma conta corrente, de sua titularidade, mantida no Banco Citibank (Brasil), convertidos integralmente em dólar e transferidos para uma conta corrente, também de sua titularidade, mantida no Bank of America (Inglaterra), e, após isto, disponibilizados no exterior à BFBV, que era a responsável pela gestão desses recursos, até que ela (a Interessada), decidisse dar a eles outro uso; no ano de 2008, recebeu dividendos da Samarco em apenas três ocasiões (junho, setembro e novembro), que coincidem, em razão do procedimento anteriormente descrito, com aquelas em que disponibilizou valores no exterior à BFBV, conforme constante da "Tabela A" que integra o Auto de infração, (fls. 06); tais recebimentos ocorreram em: junho de 2008, montante equivalente a US\$ 136,979,478.00; setembro de 2008, montante equivalente a US\$111,900,000.00; e novembro de 2008, montante equivalente a US\$ 49,810,000.00; tais valores foram devidamente reconhecidos e refletidos em sua contabilidade, tanto no que respeita ao investimento financeiro realizado no exterior, quanto no que se refere à receita de juros dele proveniente; ocorre que, para além das disponibilizações ocorridas no período compreendido entre janeiro e dezembro de 2008 (objeto da fiscalização), foram equivocadamente computados como valores pretensamente integrantes da base de cálculo do IOF montantes relativos a disponibilizações ocorridas em anos anteriores; tal fato é facilmente comprovado do exame da documentação apresentada à fiscalização ou, mais simplesmente, do próprio Auto de Infração; na "Tabela A" (fls.06) se vê claramente que apenas três disponibilizações ocorreram ao longo do ano de 2008, nas datas e valores correspondentes ao recebimento de dividendos da Samarco; contudo, a mesma tabela indica um "Saldo Inicial" (em 01/01/2008) que não corresponde a qualquer desses valores, posto que, na verdade, se refere ao total acumulado das disponibilizações realizadas em exercícios anteriores ao fiscalizado; em outras palavras, a Fiscalização considerou como "Saldo Inicial" e parte integrante da base de cálculo do IOF alegadamente devido no período fiscalizado o valor acumulado de todas as remessas realizadas até 31 de dezembro de 2007, ou seja, a totalidade de suas disponibilidades no exterior, afrontando a sistemática instituída pela própria regra matriz de incidência do IOF;

Como reconhecido no próprio Auto de Infração, em casos como o presente (operações contratadas por prazo indeterminado em que é definido o valor do principal), a base de cálculo do IOF é o montante equivalente ao valor do principal multiplicado por trezentos e sessenta e cinco; pode-se assim dizer que, de forma simplificada, nessa hipótese o IOF deve ser

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/02/2015 por ANGELA SARTORI, Assinado digitalmente em 18/02/2015 por A

NGELA SARTORI, Assinado digitalmente em 27/02/2015 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalment

e em 19/02/2015 por ROBSON JOSE BAYERL

Impresso em 05/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

recolhido em montante sempre igual ao que seria devido durante o período equivalente ao primeiro ano da disponibilização dos valores; tendo em vista que uma mesma pessoa pode vir a realizar sucessivas disponibilizações por prazo indeterminado, bem como que uma nova disponibilização pode vir a ocorrer antes do resgate da anteriormente feita, a legislação preocupou-se em criar mecanismos para evitar que a sobreposição dessas operações gerasse distorções na apuração da base de cálculo do IOF; por essa razão o inciso VII do artigo 10 do referido Decreto nº 6.306/2007 acertadamente estabeleceu que, em casos como o presente, o IOF devido deve ser integralmente recolhido na data da entrega ou colocação dos recursos à disposição do interessado; uma vez que cada uma das disponibilizações realizadas até 31 de dezembro de 2007 sujeitou-se à incidência do IOF na data da entrega ou colocação dos recursos à disposição do interessado, não podem seus respectivos valores integrar a base de cálculo do IOF tido por devido em relação a fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 2008, sob pena de se configurar um condenável bis in idem; por outro lado, sabendo-se que o procedimento de fiscalização que culminou na lavratura do Auto de Infração ora impugnado foi limitado à análise de fatos geradores ocorridos no ano calendário de 2008 (fato que se afere da simples conferência do Termo de Início de Procedimento Fiscal e dos sucessivos Termos de Prosseguimento de Fiscalização), resta clara a impossibilidade de se proceder ao lançamento do IOF em relação àqueles eventuais fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2007;

Resta clara, portanto, a necessária anulação do Auto de Infração ora impugnado no que respeita ao lançamento de IOF em relação a valores outros que não aqueles decorrentes das disponibilizações realizadas no ano calendário de 2008; alternativamente, requer a realização de diligência, nos termos do inciso IV, do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72, de modo a determinar a correta base de cálculo do tributo tido por devido.

A DRJ decidiu em síntese:

“SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA.

Descabe a realização de diligência, quando todos os elementos de prova que necessita o julgador para elucidar os fatos que ensejaram o lançamento já se encontram nos autos.

IOF. BASE DE CÁLCULO. SALDO DEVEDOR.

A regra de incidência do IOF, artigo 7º., do Decreto nº 6.306/2007 é que até o termo final da operação, a base de cálculo será o somatório dos saldos devedores diários do mutuário apurado no último dia de cada mês, inclusive na prorrogação ou renovação, fato este que faz com que o saldo devedor da mutuação em período anterior venha a ser considerado no ano calendário corrente.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.”

O Recorrente apresentou Recurso Voluntário reiterando os argumentos acima.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro ANGELA SARTORI

O Recurso segue os requisitos de admissibilidade por isto dele tomo conhecimento.

A partir do exame do Termo de Verificação Fiscal e do Acórdão infere-se que a RECORRENTE foi enquadrada na hipótese da alínea a, do inciso I do art. 7º do Decreto nº 6.306/2007, ou seja, considerou-se que as operações realizadas pela RECORRENTE teriam valor do principal a ser utilizado pelo mutuário indefinido e previsão no contrato de reutilização do crédito, razão pela qual se aplicaria como base de cálculo do IOF/Crédito o somatório dos saldos devedores diários apurados no último dia de cada mês, inclusive na prorrogação ou renovação.

Ocorre, contudo, que as operações realizadas pela Recorrente não se enquadram na hipótese descrita na alínea a, do inciso I do art. 7º do Decreto nº 6.306/2007, mas sim na hipótese descrita na alínea b, do inciso I do art. 7º c/c §14º do referido Decreto, uma vez que: as três disponibilizações realizadas ao longo do ano de 2008 correspondem aos pagamentos de dividendos realizados pela SAMARCO, tendo, portanto, valor do principal definido; e não se trata de crédito rotativo, na medida em que não houve a reutilização do crédito.

Assim, verifica-se que foram equivocadamente computados pela Fiscalização, como valores pretensamente integrantes da base de cálculo do IOF — montantes relativos a disponibilizações ocorridas em anos anteriores - somatório dos saldos devedores diários - , sendo que no presente caso o IOF/Crédito deve ser calculado sobre o montante equivalente ao valor do principal disponibilizado apenas no ano-calendário 2008 multiplicado por trezentos e sessenta e cinco, com base no que determina a alínea b, do inciso I do art. 7º c/c §14º do Decreto nº 6.306/2007.

No entanto, os valores pagos a título de dividendos pela SAMARCO à RECORRENTE coincidem com os valores disponibilizados no exterior à BFBV, razão pela qual se verifica que as operações realizadas possuem valor do principal a ser utilizado pelo mutuário definido, ou seja, o exato valor pago pela SAMARCO a título de dividendos devendo ser aplicado ao caso o critério de base de cálculo determinado pela alínea b, do inciso I do art. 7º c/c §14º do Decreto nº 6.306/2007.

Assim, como acima demonstrado os valores pagos a título de dividendos pela SAMARCO à RECORRENTE correspondem aos valores disponibilizados no exterior à BFBV, não havendo que se falar em valores indefinidos, razão pela qual as operações ora em questão enquadram-se no critério de base de cálculo determinado na alínea b, do inciso I do art. 7º c/c §14º do Decreto nº 6.306/2007, ou seja, o IOF/Crédito deve ser calculado sobre o montante equivalente ao valor do principal multiplicado por trezentos e sessenta e cinco, não

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2, de 24/08/2001.

Autenticado digitalmente em 10/02/2015 por ANGELA SARTORI, Assinado digitalmente em 10/02/2015 por A

NGELA SARTORI, Assinado digitalmente em 27/02/2015 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalment

e em 19/02/2015 por ROBSON JOSE BAYERL

Impresso em 05/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

devendo ser computado, como o fez o I. Fiscal, o somatório dos saldos devedores de períodos anteriores a 2008.

DA INEXISTÊNCIA DE REUTILIZAÇÃO DO CRÉDITO

O Acórdão da DRJ entendeu que se trataria no presente caso de “*operação de empréstimo, sob modalidade de abertura de crédito, decorrente de registro ou lançamento contábil, com colocação ou entrega de recursos, com reutilização do crédito, até o termo final da operação*” (grifos nossos). No entanto, não há no presente caso a figura da reutilização do crédito (crédito rotativo).

A operação de crédito rotativo é aquela na qual há um limite de crédito contratado (teto) e os valores amortizados podem ser reutilizados pelo mutuário repetidamente e em função de sua demanda por capital, o que não ocorreu no presente caso.

Conforme demonstrado pela Recorrente os valores recebidos da **SAMARCO** a título de dividendos são depositados em uma conta corrente, de titularidade da **BBL**, mantida no Banco Citibank (Brasil), sendo posteriormente convertidos em dólar e transferidos para uma conta corrente, também de titularidade da **BBL**, mantida no Bank of America (Inglaterra).

Em observância a uma diretriz do grupo empresarial que a RECORRENTE integra, que visa otimizar a gestão de recursos e potencializar os controles internos, a RECORRENTE centraliza todas as suas operações e disponibilidades financeiras em uma única conta bancária no exterior cuja gestão encontra-se a cargo da empresa BHP Billiton Finance B.V. - BFBV.

Verifica-se, portanto, que os valores são disponibilizados no exterior à BHP Billiton Finance B.V. - BFBV, que será responsável pela gestão desses recursos, e lá permanecem sem que haja a figura da reutilização do crédito.

Caso tivesse ocorrido o retorno dos valores remetidos, a D. Fiscalização com certeza teria demonstrado a sua ocorrência. Pelo contrário, do exame do ANEXO I que instrui o Auto de infração depreende-se que ao longo do período analisado pelo Fiscal **jamais ocorreu qualquer decréscimo no saldo apurado**. Ao longo do período analisado o saldo somente foi acrescido com os novos valores disponibilizados no exterior, fato que afasta a presunção de rotatividade ou reutilização do crédito.

**DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO
MAIS GRAVOSA DA LEGISLAÇÃO À RECORRENTE - ART. 112 CTN**

O I. Fiscal entendeu que incidiria sobre as operações em questão o IOF calculado utilizando o **critério previsto na alínea a, do inciso I do art. 7º do Decreto nº 3.603/2007**, ou seja, que deveriam ser computados na base de cálculo os saldos devedores diários do mutuário, fato que faria com que o saldo devedor de períodos anteriores fosse considerado na apuração da base de cálculo do IOF no ano-calendário 2008.

Contudo, verifica-se que o I. Fiscal baseou-se em mera presunção, culminando por impor base de cálculo mais gravosa à Recorrente, na medida em que em momento algum a fiscalização logrou êxito em demonstrar que as operações realizadas pela Recorrente teriam valor indefinido e previsão contratual de reutilização, requisitos para que incida o IOF nos termos do que determina a alínea a, do inciso I do art. 7º do Decreto 6.306/2007.

Conforme dispõe o artigo 112 do Código Tributário Nacional, o lançamento requer prova segura da ocorrência do fato gerador do tributo e o enquadramento correto do fato realizado. Tratando-se de atividade plenamente vinculada, cumpre à fiscalização realizar as inspeções necessárias para a obtenção dos elementos de convicção e certeza indispensáveis à constituição do crédito tributário. Subsistindo a incerteza no caso de prova, o fisco deve abster-se de praticar o lançamento em homenagem à máxima "*in dubio pro reo*".

Conclui-se, portanto, que o I. Fiscal não logrou êxito em demonstrar que as operações realizadas pela Recorrente teriam valor indefinido e previsão contratual de reutilização, requisitos para que o IOF incidisse sobre o saldo devedor da mutuária em períodos anteriores, razão pela qual **a tributação deve se dar da forma menos gravosa ao contribuinte**, ou seja, deve ser aplicado o critério de cálculo previsto **na alínea b, do inciso I do art. 7º c/c §14º do Decreto nº 6.306/2007**.

Entendo ainda que a Administração deve se pautar no princípio da verdade material, a fim de que se busque ao máximo a incidência tributária de acordo com os fatos que aconteceram na realidade, como podemos perceber na leitura da decisão a seguir colacionadas do CARF:

“Processo administrativo. Preclusão. Conforme precedentes desta Corte, **o processo administrativo fiscal visa primordialmente ao controle de legalidade dos atos da Administração, pelo que as normas relativas à preclusão devem ser interpretadas com menos rigor**, especialmente aquelas relacionadas às fases postulatória e instrutória do procedimento. Nessa linha, não restam preclusas questões jurídicas invocadas pelo contribuinte apenas em sede de recurso voluntário quando este contesta a tributação em sede de impugnação, **ainda que por outros fundamentos. Recurso especial provido apenas**

para determinar o retorno dos autos ao colegiado *a quo* para apreciação das razões recursais não conhecidas sob o fundamento de preclusão” (Ac 9101-00.525, j. 26.01.2010).

Em observância ao princípio da verdade material entendo que os elementos e documentos trazidos aos autos, devem ser considerados para o fim de julgamento deste processo, mesmo havendo um pedido apresentado na fase da impugnação bem como outro em fase do Recurso Voluntário, no entanto nas 2 peças apresentadas pelo contribuinte há o pedido de improcedência do Auto de Infração.

As operações de empréstimo ora em questão foram contratadas por prazo indeterminado e com valor do principal a ser utilizado pelo mutuário definido, independentemente de sua vontade ou demanda financeira na medida em que corresponde exatamente ao valor dos dividendos pagos pela SAMARCO, razão pela qual não devem ser considerados os saldos devedores diários do mutuário na apuração da base de cálculo do IOF, devendo ser aplicado o critério de cálculo previsto na alínea b, do inciso I do art. 7º c/c §14º do Decreto nº 6.306/2007.

Diante do exposto dou provimento ao recurso voluntário.

ANGELA SARTORI - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Robson José Bayerl, Redator designado

Nada obstante os lúcidos fundamentos deduzidos pela Relatora, peço vênia para deles divergir, pelas razões que passo a arrolar.

A fiscalização definiu que as transferências realizadas em 2008 à BFBV – relativas aos lucros distribuídos pela Samarco Mineração S/A, correspondentes à participação societária de 50% nesta companhia – equivaleriam a disponibilizações de crédito a empresas de um mesmo grupo econômico e, nesta condição, deveriam sofrer tributação pelo IOF, adotando como base de cálculo aquela prevista no art. 7º, I, “a” do Decreto nº 6.306/2007:

“Art. 7º A base de cálculo e respectiva alíquota reduzida do IOF são (Lei nº 8.894, de 1994, art. 1º, parágrafo único, e Lei nº 5.172, de 1966, art. 64, inciso I):

I - na operação de empréstimo, sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito:

a) quando não ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário, inclusive por estar contratualmente prevista a reutilização do crédito, até o termo final da operação, a base de cálculo é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, inclusive na prorrogação ou renovação:

1. mutuário pessoa jurídica: 0,0041%;

b) quando ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário, a base de cálculo é o principal entregue ou colocado à sua disposição, ou quando previsto mais de um pagamento, o valor do principal de cada uma das parcelas:

1. mutuário pessoa jurídica: 0,0041% ao dia;" (destacado)

O contribuinte, por seu turno, não rechaçou a acusação fiscal, tocante à caracterização do mútuo, porém, questionou a forma de cálculo adotada, requerendo em impugnação a "anulação" parcial do lançamento, de maneira que fossem consideradas apenas as disponibilizações efetivadas no decorrer de 2008, sem a consideração do saldo inicial da conta, conforme Tabela "A" do Termo de verificação Fiscal.

Ou seja, para fins de demarcação da lide, não houve questionamento quanto à ocorrência do fato gerador e o sujeito passivo da exação, mas tão somente o montante do tributo, o aspecto quantitativo (base de cálculo + alíquota) da regra matriz de incidência tributária.

Neste particular, registro que em recurso voluntário o contribuinte pretendeu inovar o pedido ao requerer a improcedência integral do lançamento, por suposto equívoco na definição da operação, o que, aliás, sob certo aspecto, é contraditório com o restante da peça recursal, eis que ao longo da exposição o recorrente, com alguma variação, reprisou a impugnação, oportunidade em que reconheceu a existência de operações sujeitas ao IOF, mas rebateu a base de cálculo e alíquota aplicadas.

Como dito, na primeira oportunidade recursal o pedido deduzido restou vazado nos seguintes termos:

"Por todo exposto requer:

- i. que seja o Auto de infração ora impugnado anulado em parte, para que dele se excluam os pretensos créditos tributários constituídos a título de IOF que adotaram, como base de cálculo, montantes outros que não aqueles decorrentes das disponibilizações realizadas no ano calendário de 2008, notadamente aqueles indicados como 'Saldo Inicial' na 'Tabela A' que integra a autuação (fls. 06); ou*
- ii. que, caso assim não se entenda, o que se admite unicamente por argumentação, seja determinada a realização de diligência, nos termos do disposto pelo inciso IV do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72, de modo a determinar a correta base de cálculo do tributo tido por devido."*

Esta circunstância não passou despercebida pela autoridade julgadora de piso, que assim consignou na decisão sob vergasta:

"A Interessada informou na impugnação que não pretende discutir a natureza jurídica das operações caracterizadas como mútuo pela Fiscalização, mas apenas a base de cálculo utilizada para a apuração dos valores considerados como devidos a título de IOF."

Assim, a teor dos arts. 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72, as questões/pedidos não deduzidos expressamente na impugnação não podem ser carreados apenas no recurso voluntário, tendo em conta a preclusão consumativa.

Conclusão lógica desta premissa, em minha opinião, é que o auto de infração não pode ser integralmente exonerado agora, nesta fase procedimental, como concluiu a eminente Relatora.

Entretanto, ainda que suplantada esta questão, melhor sorte não albergaria o recurso voluntário em ver o lançamento considerado insubsistente na íntegra.

No mérito, como não há contrato de mútuo, uma vez que a operação mutual é presumida, entendo que não há que se falar em “valor definido”, uma vez que, originariamente, como descreve o próprio relatório, os valores foram remetidos a título de dividendos distribuídos pela Samarco Mineração S/A à recorrente e disponibilizados no exterior à BFBV, para utilização pelas demais empresas do grupo econômico que integra a recorrente, não sendo em momento algum tratado ou registrado em sua contabilidade como mútuo ou operação equivalente.

Mais uma vez, a operação de mútuo, para fins de incidência do IOF, foi apenas admitida pela recorrente, que não contestou a qualificação imputada pelas autoridades administrativas, não, porém, que tenha tomado estas operações com a natureza de empréstimo, razão porque não há como reconhecer o pretendido “valor definido”.

Demais disso, tenho que o montante dos valores remetidos, correspondentes a lucros distribuídos, são apenas **identificáveis**, como demonstrado no recurso voluntário e nos memoriais distribuídos, contudo, não ostentam a característica de **valor definido**, para o desiderato da legislação do tributo, assim entendido, aquele ajustado previamente à operação.

A definição do principal, da leitura que faço do art. 7º, I, “a” do Decreto nº 6.306/2007, faz-se por previsão contratual e não pela identificação da fonte dos valores colocados à disposição do tomador.

Outrossim, por pertinente, aduzo que a reutilização do crédito não é inerente ou mesmo necessária à configuração da operação descrita no predo art. 7º, I, “a”, sendo apenas uma de suas modalidades, sendo o elemento definidor de sua ocorrência, a existência de um “valor definido” em contrato, na aceção até aqui defendida.

Ultrapassado o mérito, resta o exame da base de cálculo empregada pelos agentes autuantes.

Nesta senda, entendo que razão assiste à recorrente, não sendo possível a interpretação extraída pelas autoridades recorridas.

Com efeito, nos termos do art. 7º, I, “a”, em hipóteses como dos autos, a base de cálculo compreende o somatório dos saldos devedores diários apurados no último dia de cada mês, todavia, não se pode confundir os fatos jurídicos tributáveis com as correspondentes bases de cálculo determinadas pela legislação, como fez o lançamento e a decisão recorrida.

Isto porque, consoante art. 3º do Decreto nº 6.306/2007, o fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado, em linha com o disposto no art. 13, § 1º da Lei nº 9.779/99; logo, se o período de apuração tomado pela autuação abrange apenas os fatos geradores referentes ao ano-calendário de 2008, não é possível adotar, como base de cálculo, os saldos devedores diários apurados no último de cada mês existentes anteriormente às operações fiscalizadas.

Neste processo a primeira remessa de valores ocorreu no mês de junho/2008, de maneira que não se pode principiar o cálculo do tributo a partir do mês de janeiro/2008, como efetivado pela autuação, tomando-o como termo inicial da autuação, sob pena de se tributar operações (fatos geradores) anteriores àquelas verificadas, sem exame de seus aspectos fáticos, notadamente a ocorrência de decadência.

Com estas considerações, o cálculo do imposto deve ser reajustado para nele conter apenas os saldos devedores diários apurados no último de cada mês que envolvam as operações identificadas no ano-calendário de 2008, que foram objeto específico da fiscalização realizada, sem considerar os montantes referentes a períodos anteriores.

Por derradeiro, destaco que aludido ajuste da base de cálculo do lançamento não equivale à alteração de critério jurídico, não o inquinando de nulidade, mas tão somente adequando-o à legislação, porquanto o contribuinte se defende dos fatos que lhe são imputados e não da classificação legal que se lhes dá.

Em face de todo o acima exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso.

Robson José Bayerl

Declaração de Voto

Senhores Conselheiros, malgrado o bem fundamentados votos da relatora, a Ilustre **Conselheira Ângela Sartori**, e do redator designado, o Ilustre **Conselheiro Robson José Bayerl**, ousou divergir sobre a decisão que excluiu do lançamento do IOF os saldos diários provenientes de operações de créditos iniciadas nos anos anteriores ao período de fiscalização. Ouso ainda apresentar algumas breves considerações para justificar e explicar minha conclusão contrária à assumida nesse julgamento.

Para tanto, peço permissão para recordar os fundamentos da exigência do IOF. São os seguintes os dispositivos legais que criam e disciplinam o IOF:

Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 1966)

Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador:

I - quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

[...]

IV - quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável.

Parágrafo único. A incidência definida no inciso I exclui a definida no inciso IV, e reciprocamente, quanto à emissão, ao pagamento ou resgate do título representativo de uma mesma operação de crédito.

Art. 64. A base de cálculo do imposto é:

I - quanto às operações de crédito, o montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros;

.....

Art. 65. O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.

Art. 66. Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei.

Art. 67. A receita líquida do imposto destina-se a formação de reservas monetárias, na forma da lei.

Lei nº 8.894/94:

Art. 1º O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários será cobrado à alíquota máxima de 1,5% ao dia, **sobre o valor das operações de crédito** e relativos a títulos e valores mobiliários.

[...]

Art. 2º Considera-se valor da operação:

I - nas operações de crédito, o valor do principal que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

[...]

Art. 3º São contribuintes do imposto:

I - os tomadores de crédito, na hipótese prevista no art. 2º, inciso I;

Lei nº 9.779/99:

Art. 13. As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física sujeitam-se à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.

§ 1º Considera-se ocorrido o fato gerador do IOF, na hipótese deste artigo, na data da concessão do crédito.

§ 2º Responsável pela cobrança e recolhimento do IOF de que trata este artigo é a pessoa jurídica que conceder o crédito.

§ 3º O imposto cobrado na hipótese deste artigo deverá ser recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente à da ocorrência do fato gerador.

Decreto nº 6.306/2007 (Regulamento do IOF):

Art. 2º. IOF incide sobre:

I- operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras (Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, art. 1º);

b) por empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (**factoring**) (Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 15, §1º, inciso III, alínea "d", e Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 58);

c) **entre pessoas jurídicas** ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 13).

[...]

Art. 3º O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado [\(Lei nº 5.172, de 1966, art. 63, inciso I\)](#).

§ 1º Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito:

*I - na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à **disposição do interessado**;*

II - no momento da liberação de cada uma das parcelas, nas hipóteses de crédito sujeito, contratualmente, a liberação parcelada;

III - na data do adiantamento a depositante, assim considerado o saldo a descoberto em conta de depósito;

IV - na data do registro efetuado em conta devedora por crédito liquidado no exterior;

V - na data em que se verificar excesso de limite, assim entendido o saldo a descoberto ocorrido em operação de empréstimo ou financiamento, inclusive sob a forma de abertura de crédito;

VI - na data da novação, composição, consolidação, confissão de dívida e dos negócios assemelhados, observado o disposto nos §§ 7º e 10 do art. 7º;

VII - na data do lançamento contábil, em relação às operações e às transferências internas que não tenham classificação específica, mas que, pela sua natureza, se enquadrem como operações de crédito.

§ 2º O débito de encargos, exceto na hipótese do § 12 do art. 7º, não configura entrega ou colocação de recursos à disposição do interessado.

§ 3º A expressão “operações de crédito” compreende as operações de:

I - empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de títulos ([Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, art. 1º, inciso I](#));

II - alienação, à empresa que exercer as atividades de factoring, de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo ([Lei nº 9.532, de 1997, art. 58](#));

III - mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física ([Lei nº 9.779, de 1999, art. 13](#)).

[....]

Da Base de Cálculo e das Alíquotas Reduzidas

Art. 7º A base de cálculo e respectiva alíquota reduzida do IOF são ([Lei nº 8.894, de 1994, art. 1º, parágrafo único](#), e [Lei nº 5.172, de 1966, art. 64, inciso I](#));

I - na operação de empréstimo, sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito;

a) quando não ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário, inclusive por estar contratualmente prevista a reutilização do crédito, até o termo final da operação, a base de cálculo é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, inclusive na prorrogação ou renovação:

1. mutuário pessoa jurídica: 0,0041%;

b) quando ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário, a base de cálculo é o principal entregue ou colocado à sua disposição, ou quando previsto mais de um pagamento, o valor do principal de cada uma das parcelas:

1. mutuário pessoa jurídica: 0,0041% ao dia;

(GRIFOS NOSSOS)

Dos dispositivos de leis, acima reproduzidos, pode-se concluir o seguinte:

O IOF incide sobre operações de crédito;

Entre as hipóteses de incidência possíveis para o IOF sobre operações de crédito estão os contratos de mútuo, que consiste em empréstimo de bens fungíveis. Ao celebrar contrato de mútuo o mutuante concede um crédito ao mutuário.

As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física sujeitam-se à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras

Sublinho que, nos termos do artigo 13 da Lei n. 9.799, de 1999, acima transcrito, o IOF incide sobre operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros e que a incidência desse tributo não está condicionada à existência de um contrato formal de mútuo. Nesse sentido, podemos ver que o STJ decidiu, no RESP n.º 1.239.101/RJ, cuja ementa ficou assim redigida:

TRIBUTÁRIO. IOF. TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO CORRESPONDENTES A MÚTUA DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. ART. 13 DA LEI N.º 9.779/99.

O art. 13 da Lei 9.779/99 caracteriza como fato gerador do IOF a ocorrência de "operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas " e não a específica operação de mútuo. Sendo assim, no contexto do fato gerador do tributo devem ser compreendidas também as

operações realizadas ao abrigo de contrato de conta corrente entre empresas coligadas com a previsão de concessão de crédito.

2. Recurso especial não provido.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2011. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator

Mas o que é um contrato de mútuo? Segundo posso ler no Código Civil, ele é empréstimo de bem fungível o qual tem o domínio transferido ao mutuário, que, por sua vez, assume o dever de restituir ao mutuante, no termo aprazado, coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Faço notar que:

(1º) o contrato de mútuo, para seu aperfeiçoamento, depende da tradição da coisa mutuada;

(2º) ele possui dimensão temporal em sua natureza, ou seja, o empréstimo se estende no tempo, e, sendo temporário, ele pode ser por prazo determinado ou indeterminado.

Essas características são transpostas às operações de crédito a que se refere o artigo 13 da lei n. 9.779, de 1999. E elas me permitem compreender por que a definição legal considera ocorrido o fato gerador na data **da efetiva** entrega do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado. Não basta haver o contrato, ele precisa se aperfeiçoar. E o aperfeiçoamento do mútuo depende da tradição do bem, da transferência do domínio desse bem.

E, na hipótese de não se conhecer essa data, passa-se a ter como ocorrido o fato gerador na data do lançamento contábil, em relação às operações e às transferências internas que não tenham classificação específica, mas que, pela sua natureza, se enquadrem como operações de crédito.

Ademais, constatamos que a apuração do tributo depende do fator temporal. Afinal, a relação obrigacional entre mutuário e mutuante prossegue no tempo, para além do seu termo inicial, enquanto não for adimplida. Em termos tributários, s.m.j., parece-me que o fato gerador se protraí no tempo, como um fato continuado, dia após dia, mas cuja base de cálculo do tributo dependerá do valor dessa operação de crédito, entre eles, naquele dia.

Estes aspectos, creio, são fundamentais para também compreendermos como pode ocorrer a decadência no IOF apurado com base em saldo diário da operação de crédito. A meu ver, a decadência não é determinada pela data inicial ou original da operação de crédito. Para se verificar a ocorrência da decadência é necessário se considerar cada uma das datas que constituem o prosseguimento desse mútuo ao longo do tempo. Assim, seria possível que um mesmo mútuo ou operação de crédito tivesse um período abrangido pela decadência e outro não abrangido pela decadência.

Apenas como hipótese exemplificativa, um mútuo feito há 20 anos, enquadrado na situação prevista na letra 'a' do inciso I do artigo 7º do Decreto 6.306/2007, que o mutuário vem liquidando em suaves prestações, é operação de crédito sobre a qual incide IOF para o período de cinco anos previsto na Lei como não decaído. Não é motivo para afastar essa incidência do IOF o fato do empréstimo ter sido feito para além desse período não decadencial, pois esse mútuo - essa operação de crédito - se estende no tempo, permanecendo, ele, válido e objeto da incidência tributária em questão. Pensar o contrário, parece-me, seria reduzir substancialmente a efetividade do IOF como instrumento de política econômica, que é a sua principal finalidade (art. 65 do CTN).

1ª conclusão:

No caso tratado nestes autos, entendo que agiu consoante o que prescreve e disciplina a legislação, a autoridade fiscal ter considerado como compondo o fato gerador e a apuração do IOF o saldo do mútuo iniciado em período anterior ao fiscalizado. Mais especificamente, entendo que no primeiro dia do ano fiscalizado, há operação de crédito que é a continuação do mútuo pretérito, e devendo ele ser tributado pelo IOF.

Por essas breves razões que entendo que não tem sustentação legal excluir, do fato gerador e da apuração do IOF, os saldos diários das operações de créditos originadas em anos anteriores ao fiscalizado, mesmo que aqueles tenham sido alcançados pela decadência.

2ª conclusão:

Como vimos nos excertos legais reproduzidos acima, o artigo 7º, inciso I, do Decreto n. 6.306, de 2007, prevê duas situações para apuração do IOF:

- (a) a base de cálculo é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, quando **não ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário**, inclusive quando há reutilização do crédito até o termo final da operação;
- (b) a base de cálculo é o principal entregue ou colocado à disposição, ou cada uma das parcelas do principal, **quando ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário**.

Compulsando o que consta desses autos, vejo que o recurso financeiro foi concedido e ou mantido sistematicamente à disposição. E que não houve contrato formal de mútuo. A falta do contrato formal deixa as partes despossuídas de meios para comprovar condições eventualmente regentes dessa relação obrigacional. Entre elas, considero as questões referentes ao propósito da operação de crédito, e à existência de um valor principal. Portanto, a meu ver, não tem sustentação a aplicação da letra "b" do inciso I do artigo 7º do Decreto n. 6.306, de 2007, quando a operação de crédito prossegue ao longo do tempo, não há prévio contrato formal e, por conseguinte, não há definição de um valor de principal ou é ele desconhecido.

Por isso concluo e propugno que a utilização de uma rubrica contábil para registrar transferências de recursos entre empresas ligadas, sem contrato formal de mútuo,

Processo nº 18470.722860/2012-79
Acórdão n.º **3401-002.862**

S3-C4T1
Fl. 14

caracteriza a existência de uma conta-corrente, devendo-se apurar o IOF devido segundo as regras próprias das operações de crédito rotativo.

Conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira.

CÓPIA